

裁判字號：臺灣高等法院 臺中分院 105 年上易字第 1402 號刑事判決

裁判日期：民國 106 年 01 月 25 日

裁判案由：賭博

臺灣高等法院臺中分院刑事判決 105年度上易字第1402號

上訴人 臺灣臺中地方法院檢察署檢察官

被告 楊游素真

上列上訴人因被告賭博案件，不服臺灣臺中地方法院105年度簡上字第163號中華民國105年11月8日第一審判決（聲請簡易判決處刑書案號：臺灣臺中地方法院檢察署105年度偵字第5438號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

犯罪事實及理由

一、本案經本院審理結果，認第一審所為無罪判決並無不當，應予維持，並引用第一審判決書記載之證據及理由（如附件）。

二、檢察官上訴意旨略以：

- （一）依通訊保障及監察法（下稱通保法）第1條、第5條第2項、第12條第1項之規定可知，通保法係以保障人民通訊秘密並確保國家安全及社會秩序等前提下，偵查中由檢察官向法院聲請或法院主動依職權核發，其所核發通訊監察書均有立即時效性，是分別就檢察官及法官受理核復時限，且該通訊監察書係對尚未發生而可能於將來發生之未來通信設備發送、儲存、傳輸或接收符號文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信；郵件及書信；言論及談話等為對象而實施，並就法院核發日計算消滅時效。是無論以司法警察或偵查中、審判中為發動聲請或主動核發為聲請主體，係就受監察人未來發生之通訊內容為監聽之客體，並非就既已存在之事實為之。最高法院98年度臺上字第6356號判決亦如是認定：「犯罪偵查之通訊監察，係藉由截聽通訊而直接干預憲法所保障人民祕密通訊之自由，考量通訊科技設備，經常為犯罪之人持之供作犯罪聯絡之工具，基於維護社會秩序及保護公共利益，審酌公益及私益之均衡，依憲法第23條比例原則之要求，自得以法律限制之。我國於88年7月14日公布施行（於96年7月11日修正公布）之通訊保障及監察法，即係本諸上旨而制定。又通訊監察與刑事訴訟法上其他之強制處分權，諸如搜索或扣押權相較，因通訊監察，係對於『尚未存在』之對話，預測其可能發生而予以監聽，且監聽電話之線路除了係提供被告使用之外，無關之第三人使用之可能性更高，由於監聽之

不確定性、實施過程之不透明性及長期反覆之特徵，致使監聽處分較之傳統上之搜索或扣押更具有不當侵害國民秘密通訊及隱私權之潛在危險，因此，以通訊監察作為偵查之手段時，更應當較搜索或扣押權之行使，踐行更為嚴格之正當程序之要求，如此才能避免因監聽之不當使用，致侵害人民憲法上之基本權利。」

(二) 依通保法第3條之1第1項、第11條之1規定，通信系統所產生之發送方、接收方之電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊等通信紀錄，始有自核發之日起，回溯聲請該管法院核發調取票之問題。惟依通保法第11條之1第1項及第3項規定，檢察官於偵查最重本刑3年以上之有期徒刑之罪，始有依該法以書面聲請該管法院核發，是非屬最輕本刑3年以上有期徒刑之罪及最輕本刑10年以上有期徒刑之罪、強盜、搶奪、詐欺、恐嚇、擄人勒贖，及違反人口販運防制法、槍砲彈藥刀械管制條例、懲治走私條例、毒品危害防制條例、組織犯罪防制條例等罪，檢察官自有依職權核發調取票之權限。觀乎上述法條，得依調取票所調取之客體，必然係電信使用人於使用電信服務「後」，在事後所為回溯向前，擷取已發生之各項通信電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊等紀錄，有別於通訊監察書係事前核發，向未來尚未發生之事實為記錄。本案檢察官依司法警察聲請，於104年5月22日以書面向臺灣臺中地方法院聲請，經該院以104聲調字第873號核發通信調取票，准許調取通信種類為「雙向通聯、其他（數位傳真資料）」、「自104年4月28日00時00分起至104年5月19日24時00分止」在案，有上述法院通信調取票影本在卷可稽。是本案市區電話自104年4月28日0時起至104年5月19日24時止等含影像檔等數位傳真資料，並非通保法所規範之通訊監察書客體甚明。再查，本案被告所涉之罪係刑法第268條意圖營利供給賭博場所、意圖營利聚眾賭博等罪，係最重本刑3年以下有期徒刑之罪，依通保法第11條之1第1項規範，偵查中由檢察官依法向該管轄法院聲請核發之罪。檢察官及司法警察，依法向該管法院聲請核發，當更保障當事人權益，無理由認定證據違法，以此觀點論之，原審認定依然有所違誤。

(三) 又刑事訴訟法第135條第1項第1款規定：郵政或電信機關，或執行郵電事務之人員所持有或保管之郵件、電報，有左列情形之一者，得扣押之：一、有相當理由可信其與本案有關係者。惟上開條文制定之年代為民國24年，當時並無傳真機等新型通信型態，該條文既有具相當理由可信證據與本案有關係者，得以調閱郵政、電報等資料，其調閱已發生同為紀錄之類似電報紀錄內容之傳真，在偵查犯罪時已經存在，實等同於文書證據，自應擴張解釋而有本條

之適用。另同法第133條第1項前段規定：可為證據之物，得扣押之。是本案被告涉有刑法第268條前段意圖營利供給賭博場所及後段意圖營利聚眾賭博罪，其電信往來郵件、電報及傳真資料等紀錄，既已存在並同電報可得知其內容，並且係可為證據之物，自得因與本案犯罪有關而得扣押。

- (四) 綜上所述，原審對於「雙向通聯、其他（數位傳真資料）」等資訊內容，既誤認為通保法所保護之通訊應以通訊監察書取得，其所基於此錯誤法律見解而認定事實所為之判決當屬違法，請撤銷原判決，另為適當合法之判決云云。

三、經查：

- (一) 憲法第12條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。國家採取限制手段時，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨，是以通訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發（詳見司法院釋字第631號解釋文）。秘密通訊自由係憲法基本權利之保護範圍，不論是「內容」或「狀態」（即釋字第631號解釋提及之「通訊之有無、對象、時間、方式」）皆屬「通訊」之範疇。司法院釋字第631號解釋於民國96年7月20日作出解釋後，通保法雖就「通訊之內容」部分採法官保留原則而有所修正，但就「通訊之狀態」部分仍未參考上開釋字解釋文意旨而有調整，迄至103年1月29日總統公布通保法修正條文，始就有關「通訊之狀態」部分，規定調取通信紀錄及通信使用者資料者，須有調取票，且原則上由法官核發，例外之情形得由檢察官依職權或司法警察官向檢察官聲請同意後，調取通信紀錄（見通保法第3條之1、第11條之1第1至4項）。是以，通訊之狀態既屬憲法保障秘密通訊一環，則得以核發調取票者，限於通保法第11條之1明定之犯罪類型，且其手段與目的之間仍須符合比例原則之要求，則為追訴輕微犯罪即不得調取通信紀錄或通信使用者資料。故最重本刑未滿3年有期徒刑之案件（例如本案涉及之刑法第266條普通賭博罪），屬輕微犯罪，依上述說明，不得核發調取票（相同見解，可參照林鈺雄著，通聯紀錄之調取—從幾則基地台相關判決談起；黃朝義著，通聯紀錄調取與另案監聽修法評析；陳重言著，刑事追訴目的之通信（通聯）紀調取與使用—兼評2014年初通保修法），檢察官上訴意旨認為：非屬最輕本刑3年以上有期徒刑之罪，檢察官有依職權核發調取票之權限云云，顯有誤會。

- (二) 通保法所稱之通訊，依該法第3條第1項之規定，包括：「一、利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、

影像、聲音或其他信息之有線及無線電信。二、郵件及書信。三、言論及談話。」是依條文觀之，係屬前述釋字解釋所稱「通訊之內容」。至於通保法第3條之1所稱之「通信紀錄」，謂電信使用人使用電信服務後，電信系統所產生之發送方、接收方之電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊等紀錄；及所稱之「通訊使用者資料」，謂電信使用者姓名或名稱、身分證明文件字號、地址、電信號碼及申請各項電信服務所填列之資料，此則屬於前述釋字解釋所稱「通訊之狀態」。前者係以聲請通訊監察書控管，後者則以聲請通訊調取票為之，兩者異其聲請要件，前者以有事實有事實足認被告或犯罪嫌疑人有法第5條第1項各款罪嫌之一，並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書（見通保法第5條第1項，另有關緊急監察案件見通保法第6條之規定），後者則以檢察官偵查最重本刑3年以上有期徒刑之罪，有事實足認通信紀錄及通信使用者資料於本案之偵查有必要性及關連性時，除有急迫情形不及事先聲請者外，應以書面聲請該管法院核發調取票。聲請書之應記載事項，準用前條第一項之規定（見通保法第11條之1第1項，另有關檢察官職權調取通信紀錄部分，見同條第3項）。聲請通訊監察書之要件明顯較聲請調取票為嚴格，此乃因前者涉及通訊之內容，對人民之秘密通訊自由侵害較為嚴重，故立法上有予以區別之必要，是凡涉及通訊之內容，參諸憲法保障人民秘密通訊自由及釋字第631號解意旨，即應受較嚴格之保障，並從嚴審查。本案檢察官提出之「傳真機六合彩簽注單」網際傳真資料（HiNetFax，見警卷第9至26頁），係經由電腦伺服器儲存傳真影像而傳送訊息，涉及通訊之實質內容，非僅屬「電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊」等形式上紀錄，而應屬「利用電信設備發送、儲存、傳輸符號、文字之有線電信」，依前開說明，自應採聲請通訊監察書方式為之，縱經法官誤核發通信調取書亦因與法律規範意旨不符，仍不得持以取得該網際傳真資料，是此「應經法官核發通訊監察書」卻「未經法官核發」而取得之證據，自屬違反通保法第5條或第6條規定進行通訊監察所取得之證據，而有同法第18條之1第3項證據排除規定之適用。原審就此之法律適用符合憲法及通保法規範意旨，並無違誤之處，檢察官上訴指該網際傳真資料，並非通保法所規範之通訊監察書客體云云，尚有誤會。

- (三) 檢察官上訴意旨另認為：通訊監察書就受監察人未來發生之通訊內容為監聽之客體，並非就既已存在之事實為之，並舉最高法院98年度臺上字第6356號判決意旨，認通訊監

察係對於「尚未存在」之對話，預測其可能發生而予以監聽。惟上開最高法院判決之案例事實，係採監聽電話之方式，其並與刑事訴訟法上其他之強制處分權，諸如搜索或扣押權相較，因監聽更具有不當侵害國民秘密通訊及隱私權之潛在危險，因此，以通訊監察作為偵查之手段時，更應當較搜索或扣押權之行使，踐行更為嚴格之正當程序之要求，如此才能避免因監聽之不當使用，致侵害人民憲法上之基本權利。監聽電話本即係對於尚未存在之對話進行通訊監察，但通訊監察之方式包括截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法為之（見通保法第13條第1項前段），非僅監聽一途，且上開通訊監察方法非必然均對是未來發生之通訊內容進行，自不得僅因上開最高法院判決意旨係專就電話監聽而為論述，不詳予區別個案事實之不同，即逕自擴大謂通訊監察均僅限於未來發生之通訊內容。本案檢察官取得上開網際傳真資料之方法，係透過電信公司取得留存於伺服器內之數位資訊，核其通訊監察方法應屬「其他類似之必要方法」，其取得係通訊之實質內容，則依前述之說明，凡取得者為通訊之內容，而非僅形式上之記錄，均應以取得通訊監察書始得為之，此為通訊監察書與通訊調取票之明確分野，與是否為未來或過去發生並無任何關連。

- (四) 偵查手段可分強制偵查與任意偵查，強制偵查因涉及人民之自由權利，故必須有法律明文依據始得為之，而通訊監察破壞人民對於通訊監察隱私之合理期待，且係針對同一通訊對象持續進行內容監控之偵查方法，影響受監察人及其通訊對象之秘密通訊自由，是其歸屬強制偵查應屬無疑，此亦為釋字第631號解釋所肯認。而現行通訊監察之立法體例係採特別法方式，即於刑事訴訟法外另制定通保法以為規範，現行刑事訴訟法之強制處分等權利干預規定，本即不包含通訊監察相關規定，且干預處分之授權基礎不得類推適用或擴張解釋，自不得以刑事訴訟法之搜索、扣押規定作為通訊監察之法律規範基礎，是以凡屬通訊監察之強制偵查範疇，即應依通保法之規定為之，不得再引用刑事訴訟法之搜索、扣押等強制處分規定，以為權利干預之基礎。本案之「傳真機六合彩簽注單」網際傳真資料，檢察官於偵查中係向法院聲請通信調取票而取得，顯然其認此證據之取得亦應受通保法之規範，依前述之說明，既屬通訊之內容，即應適用通保法有關通訊監察書之相關規定以為權利干預基礎，檢察官上訴意旨認此證據之取得，亦同時有刑事訴訟法第135條第1項第1款、第133條第1項前段規定之適用云云，尚有矛盾。

- 四、綜上，本案之「傳真機六合彩簽注單」網際傳真資料，因違反通保5條或第6條之規定所取得，依同法第18條之1法規定，不得採為證據，應予排除，而其他證據復無從作為被告自

白之補強證據，又依刑事訴訟法第156條第2項之規定，被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，是以，原審以被告犯罪不能證明，因而諭知被告無罪之判決，核無違誤，公訴人在本院未提出其他不利於被告之積極證據，猶以前詞指摘原判決不當，其上訴無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第368條，判決如主文。

本案經檢察官甲○○到庭執行職務。

中 華 民 國 106 年 1 月 25 日
刑事第十庭 審判長法官 洪 曉 能
法 官 劉 榮 服
法 官 楊 真 明

上列正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官 詹 錫 朋
中 華 民 國 106 年 1 月 25 日

資料來源：司法院法學資料檢索系統